

## A sucessão do companheiro sobrevivente

Denigelson da Rosa Ismael\*

### RESUMO

O Código Civil de 2002, ao tratar o direito de família e em especial o direito das sucessões, infelizmente, deu tratamento, quase que exclusivo a uma modalidade de família, qual seja, aquela entidade familiar constituída pelo casamento, esquecendo aquela relação de comprometimento e responsabilidades mútuas e recíprocas, intituladas de união estável. Por conseguinte, esta análise possibilitará em seu final a uma crítica sobre tais questões e se as mesmas são capazes de proporcionar há tão e esperada equidade entre os institutos do casamento e da união estável, como preconiza a Constituição Federal, em seu artigo 226, § 3º.

Palavras chaves: Sucessão. União Estável. Companheiro Sobrevivente. Inventário.

### SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	5
1 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE .....	8

1.1 VISÃO HISTÓRICA .....	8
1.2 A DESIGUALDADE ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE .....	10
1.3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	13
1.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002 .....	16
CONCLUSÃO .....	19
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....	23

## INTRODUÇÃO

Através das Leis Especiais no 8.971/1994 e no 9.278/1996, que visavam regulamentar a importância da união estável e seu reconhecimento como entidade familiar, teve – o companheiro sobrevivente – o direito sucessório amparado pelo Direito brasileiro, uma vez que assim instituiu a Constituição Federal de 1988 no parágrafo 3o do artigo 226. Foi por meio dessas Leis, que a legislação brasileira começou a superar o preconceito contra a união estável, uma vez que o ordenamento civil anterior (Código Civil de 1916) acolhia, unicamente, como ente familiar àquela estrutura oriunda do casamento, considerada a base da sociedade e, desse modo, tido como sendo o único laço legítimo e legal de se constituir família, merecedora de amparo do Estado.

Assim, face ao conservadorismo (leia-se e entenda-se como machismo) existente na sociedade, coube, e pode dizer deste modo, aos doutrinadores e aos julgados dos Tribunais admitirem e reconhecerem a união estável, como uma espécie de relação familiar, até que ela fosse reconhecida pela Carta Magna de 1988, visto que não existia previsão legal anterior à Constituição. Todavia, tal reconhecimento – por parte dos Tribunais – apesar de um avanço significativo, admitia, tão-somente, a partilha dos bens adquiridos pelo esforço comum dos conviventes, isto é, tão-só a extensão de sua contribuição. De outro lado, em não sendo possível ser atribuída parte dos bens pelo esforço em comum (leia-se provado, pois o companheiro tinha que provar que o patrimônio fora adquirido em comum esforço),

a jurisprudência concedia apenas indenização à concubina, a título de serviços domésticos prestados.

Após seu reconhecimento como entidade familiar, não demorou para que houvesse a promulgação de uma lei que regulamentasse, a união estável, fato que ocorreu em 1994 com a advento da Lei Especial no 8.971, que trouxe aos companheiros o direito a alimentos e à sucessão. Todavia, isso aconteceu de maneira sucinta – pois em apenas três artigos refere sobre a situação dos companheiros – no artigo 1º, tal dispositivo dispõe acerca do direito sucessório. Já por sua vez, o artigo 2º concedeu ao companheiro sobrevivente, em concorrência com descendentes e ascendentes, o direito de usufruto dos bens e, na ausência destes, a totalidade da herança, assim como o direito de meação, disposto em seu artigo 3º.

Com o escopo de regular o parágrafo 3º do artigo 226 da Constituição Federal, que reconheceu a união estável como entidade familiar (juntamente com o casamento e aquela constituída por uns dos pais e seus descendentes) e também de complementar a legislação supramencionada, foi promulgada a Lei Especial no 9.278/96, qualificando-a, e fazendo que a partir deste momento, a união estável abandonasse a de adjetivação de relação concubinária. No que diz respeito ao direito sucessório na união estável, ela acrescentou o direito real de habitação ao companheiro sobrevivente, em relação ao imóvel destinado à residência da família.

Depois, quando se esperava que o direito sucessório do companheiro sobrevivente fosse igualado nas mesmas condições que aquelas estabelecidas ao cônjuge sobrevivente, veio o novo Código Civil (Lei no 10.406, de 2002), que passou anos em tramitação no Congresso Nacional, frisa-se, que devido há essa longa espera, nosso código já saiu ultrapassado e arcaico. Este Código traz o ordenamento civil em sua essência, uma forma de preconceito contra a união estável. Isto é, estando preenchidos os requisitos que caracterizam a união, deve esta, em face do direito sucessório ao companheiro sobrevivente, ter os mesmos moldes que o cônjuge sobrevivente irá ter, devido à questão formal do casamento. No entanto, a vocação hereditária dos companheiros (artigo 1.790) encontra-se inteiramente

deslocada, situando-se nas Disposições Gerais, quando o adequado teria sido tratar deste tema no artigo 1.829, em conjunto com os demais herdeiros.

Outros fatores, ainda, geram dúvidas no novo ordenamento, tais como: se as Leis no 8.971/94 e no 9.278/96 foram expressamente revogadas, sendo que os doutrinadores se dividem acerca desse assunto e, ademais, se o artigo 1.790 realmente eliminou o direito do companheiro sobrevivente de herdar os bens particulares do falecido, visto que o caput do artigo 1.790 restringe aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável a título; deste modo, deixa o companheiro sobrevivente em posição inferior à que figura o cônjuge.

Os objetivos gerais dizem respeito às alterações no direito sucessório dos companheiros com o advento do Código Civil de 2002 e, por conseguinte, às polêmicas e controvérsias deixadas pelo legislador. Por sua vez, os objetivos específicos condizem com a necessidade de identificar se o companheiro sobrevivente terá ou não direito real de habitação e direito ao usufruto, como previam as Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96; também analisar se, no caso de filiação híbrida, o companheiro sobrevivente terá direito a receber um quinhão hereditário igual ao dos filhos, com base no inciso I do artigo 1.790, ou se receberá a metade do que cada um dos filhos receberem com base no inciso II do mesmo artigo; e, finalmente, averiguar se, inexistindo qualquer parente sucessível, ele (companheiro sobrevivente) terá direito à integralidade da herança e não apenas à herança originada dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, como refere o caput do artigo 1.790.

O método utilizado foi o indutivo, com a utilização das técnicas do referente, da categoria, jurisprudência, legislação, fichamento e revisão bibliográfica.

Portanto, tem o trabalho o objetivo avaliar e ponderar tanto a legislação vigente como a doutrina e jurisprudência sobre o tema para, ao término, proporcionar ao ordenamento jurídico brasileiro, em especial o direito sucessório, mecanismos que possibilitem ao companheiro sobrevivente o mesmo tratamento dado ao cônjuge supérstite, diante do reconhecimento da união estável como entidade familiar.

## A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO SOBREVIVENTE

### 1.1 VISÃO HISTÓRICA

O Estado, até a Constituição Federal de 1988, tinha a família legitimamente constituída, aquela oriunda, somente, pela união do casamento, todavia, após o ordenamento constitucional de 1988 o Estado deu amparo àquela família extramatrimonial, estabelecida no § 3º, do artigo 226. A Lei, também, impedia sua dissolução e trazia discriminações às relações e às pessoas que não fossem unidas pelo casamento.

Ao dissertar sobre o tema, Colares assevera:

O legislador não consegue acompanhar a realidade social e nem contemplar as inquietações da família contemporânea. A sociedade evolui, transforma-se, rompe com tradições e amarras, o que gera a necessidade de constante oxigenação das leis. A tendência é simplesmente proceder à atualização normativa, sem absorver o espírito das silenciosas mudanças alcançadas no seio social, o que fortalece a manutenção da conduta de apego à tradição, legalista, moralista e opressora da lei.

Na legislação anterior – Código Civil de 1916 – era inexistente a sucessão legítima, sendo permitida apenas a nomeação da concubina como herdeira testamentária, contudo desde que o testador não fosse casado, conforme o inciso III do artigo 1.719. Atenta-se para o fato de tal dispositivo referir-se somente a pessoa do sexo feminino, pois a Lei não mencionava o “concubino” de mulher casada.

Assim, coube aos doutrinadores e à jurisprudência, com o passar do tempo, afastar tais sanções que pesavam sobre a união entre os companheiros, quando não envolvendo o adultério, pois o legislador sempre viu o concubinato com extrema reserva. Como já mencionado, o casamento era tido como a única forma legítima de constituir família, fato

que, por longo período, os tribunais passaram a reconhecer direitos aos concubinos (leia-se união estável).

Diante dos avanços da sociedade, através da Súmula 35 o Supremo Tribunal Federal conferiu direito à indenização decorrente da morte do concubino em acidente de trabalho ou de transporte, contanto que não houvesse entre os concubinos impedimentos para o matrimônio. De outra sorte, ainda, foram consolidados os direitos previdenciários da companheira (Leis nº 4.297/93 e 6.194/74), permitindo que esta fosse a designada beneficiária do contribuinte falecido .

Destarte, com a ausência do divórcio e o crescente número das uniões estáveis, não-incestuosas e não-adulterinas, coube à jurisprudência importante tarefa, a de impedir as lesões, que se tornaram muito freqüentes, como acontece nas relações jurídicas em que se deixa solta a liberdade, sem limitações, sem responsabilidade .

Diante do reconhecimento dos doutrinadores e dos Tribunais em relação ao concubinato, o Supremo Tribunal Federal viu-se motivado a editar a Súmula 380 determinando que, depois de comprovada a existência de sociedade de fato entre os concubinos (aquela concebida entre um homem e uma mulher como se casados fossem), é cabível sua dissolução judicial, com a partilha do patrimônio adquirido pelo esforço comum.

Ainda, se não houvesse a aquisição do patrimônio pelo esforço em comum, a jurisprudência previa à concubina o direito de indenização por serviços prestados. Isso é, uma indenização pelos serviços domésticos prestados (quer como auxiliar, doméstica, gerência do lar, etc ), como se fosse uma remuneração pelo longo tempo em convívio.

Assim sendo, os Tribunais pacificaram que, com a morte do companheiro, depois de comprovada a sociedade de fato, o companheiro sobrevivente pediria sua quota-parte nos bens e direitos adquiridos com sua cooperação física e moral e, no caso de indenização, caberia a restituição em forma reparatória dos trabalhos identificados, desempenhados por

ele (companheiro sobrevivente) em benefício da pessoa do companheiro falecido, de sua casa e de sua vida, junto às Varas Cíveis, com base no Direito das Obrigações.

Após, com a promulgação da Constituição Federal, em outubro de 1988, e com as Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96, os Tribunais foram dando à relação dos companheiros (união estável) a importância e o entendimento de que não apenas o esforço comum financeiro era fundamental, como também o reconhecimento de uma entidade familiar .

## 1.2 A DESIGUALDADE ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE

Primeiramente, cabe suscitar a legitimidade do companheiro sobrevivente e do cônjuge sobrevivente. A legitimidade do primeiro está expressamente prevista no ordenamento Civil, mais precisamente em seu artigo 1.790, que assim prescreve:

Artigo 1.790. A companheira ou o companheiro participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, nas condições seguintes:

I - se concorrer com filhos comuns, terá direito a uma quota equivalente à que por lei for atribuída ao filho;

II - se concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um daqueles;

III - se concorrer com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança;

IV - não havendo parentes sucessíveis, terá direito à totalidade da herança.

Quanto ao segundo, sua legitimidade está amparada nos artigos 1.829, que trata da ordem da vocação hereditária, e 1.845, que diz respeito aos herdeiros necessários, todos do Código Civil.

Nota-se que a situação do cônjuge sobrevivente foi amplamente melhorada pelo Código Civil, e houve melhorias no que se refere ao companheiro sobrevivente, enquanto acompanhou as inovações feitas ao cônjuge. Todavia, o ordenamento Civil trouxe à baila profundos retrocessos.

O primeiro aspecto polêmico diz respeito à diferenciação entre cônjuge e companheiro no direito sucessório. Ora, frente a todas as igualdades alcançadas até a promulgação do Código Civil de 2002, enquanto o cônjuge foi elevado à categoria de herdeiro necessário, o companheiro, apesar de toda evolução do instituto da união estável, não recebeu o mesmo tratamento, tendo sido a sua sucessão regulada de modo diverso, no capítulo das disposições gerais. Portanto, ao colocar um como herdeiro necessário e outro não, faz-se uma profunda injustiça.

Assim, o companheiro sobrevivente participará na sucessão do de cujus apenas no tocante aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável, não integralizando o patrimônio adquirido a título gratuito e por fato eventual na constância da união estável, assim como os bens particulares do falecido, adquiridos antes do início da união estável.

Deste modo, devido à imprecisão do legislador ao compor o texto do artigo 1.790 do Código Civil, o companheiro supérstite apenas participará na sucessão dos bens adquiridos onerosamente a partir do efetivo início da união de fato, excluindo-se os adquiridos gratuitamente, tais como os por sucessão, doação e sub-rogação.

O Código Civil assegura ao cônjuge supérstite o direito real de habitação, não importando o regime de bens, sem prejuízo do que lhe couber na herança (artigo 1.831). Contudo, mesmo dispositivo não há em favor do companheiro supérstite, o que mais uma vez comprova a vontade do legislador de 2002 de afastar a união estável do casamento na seara sucessória.

Assim, os direitos conferidos pelas Leis no 8.971/94 e no 9.278/96 aos companheiros, como o direito ao usufruto sobre porção variável do acervo hereditário e o direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar, sujeito, porém, à resolução em virtude de nova união estável, ou de casamento de seu titular, ficam a margem da interpretação, pois, na ótica de alguns doutrinadores, estão revogados.

A respeito da possível revogação sobre tais direitos, Rodrigues reporta:

O direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência da família, que a legislação anterior conferia ao companheiro sobrevivente, não foi mencionado no Código Civil, com relação à união estável, o que significa outro recuo. Porém como o direito real de habitação, relativamente ao imóvel destinado à residência da família, foi previsto em lei especial (Lei 9.278/96, art. 7º, parágrafo único), e como esse benefício não é incompatível com qualquer artigo do novo Código Civil, uma corrente poderá argumentar que ele não foi revogado, e subsiste.

Por outro lado, Cahali e Hironaka defendem que houve a revogação das Leis Especiais quando afirmam:

Em nosso entender, houve a revogação dos artigos referidos por incompatibilidade com a nova lei. Com efeito, o art. 1.790 estabelece que o companheiro ou companheira ‘participará da sucessão do outro [...] nas condições seguintes’. Fora das condições previstas na norma, o sobrevivente não participa da sucessão de seu falecido companheiro. [grifos dos autores]

Nesta mesma linha de pensamento de Cahali e Hironaka está Rizzardo, que também entende não subsistirem esses direitos ao sustentar que:

No novo Código Civil não ficou ressalvado o direito real de habitação na dissolução da união estável por morte, diferentemente do que constava na Lei nº 9.278, de 10.05.1996, cujo art. 7º, parágrafo único estendia ao companheiro sobrevivente enquanto não constituísse nova união ou casamento, o direito real de habitação, relativamente sobre o imóvel destinado a residência da família. De forma contrária a essas ressalvas, alguns críticos afirmavam que os problemas que decorreriam seriam maiores que os benefícios, pois gerariam atritos e prejuízos aos herdeiros, em geral aos descendentes apenas de um dos conviventes, em favor do companheiro sobrevivente. Ademais, isso inviabilizaria o benefício, diante da dependência da produção de provas da efetividade da união.

Já Venosa defende que existirá o direito real de habitação para os companheiros:

Por outro lado, a Lei no 9.278/96 estabeleceu, no art. 7º, o direito real de habitação quando dissolvida a união estável pela morte de um dos companheiros, direito esse que perduraria enquanto vivesse ou não constituísse o sobrevivente nova união ou casamento, relativamente ao imóvel destinado à residência da família.

Outra desigualdade entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente é no tocante à totalidade da herança. Enquanto o primeiro tem direito à totalidade da herança se inexistirem descendentes ou ascendentes, o companheiro ainda terá que concorrer com os outros parentes sucessíveis que, nesse caso, seriam os ascendentes e os colaterais até o quarto grau. Não bastando isso, tem direito somente até um terço da herança.

Sobre esse aspecto, o Ilustríssimo Desembargador Ricardo Raupp Ruschel, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar o Agravo de Instrumento nº 70020389284, sobre a matéria brilhantemente decidiu:

Não é aceitável, assim, que prevaleça a interpretação literal do artigo 1.790 do CC 2002, cuja sucessão do companheiro na totalidade dos bens é relegada à remotíssima hipótese de, na falta de descendentes e ascendentes, inexistirem, também, “parentes sucessíveis”, o que implicaria em verdadeiro retrocesso social frente à evolução doutrinária e jurisprudencial do instituto da união estável havida até então .

Nova imprecisão referente ao direito sucessório do companheiro está elencada no inciso IV do artigo 1.790 do Código Civil quando diz que, em não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro direito à totalidade da herança, em choque com o caput do mesmo artigo, pois este trata a sucessão do companheiro sobrevivente somente aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Assim, quando o companheiro deixar somente bens adquiridos gratuitamente, quer dizer que o companheiro sobrevivente a nada teria direito?

Sobre esse aspecto, Rodrigues salienta que os companheiros terão unicamente direito à herança dos bens adquiridos onerosamente na constância da união, quando assegura:

No entanto, ao regular o direito sucessório entre companheiros, em vez de fazer as adaptações e consertos que a doutrina já propugnava, especialmente, nos pontos em que o companheiro sobrevivente ficava numa situação mais vantajosa do que a viúva ou o viúvo, o Código Civil coloca os partícipes de união estável, na sucessão hereditária, numa posição de extrema inferioridade, comparada com o novo status sucessório dos cônjuges. [...] Diante desse surpreendente preceito, redigido de forma inequívoca, não se pode chegar a outra conclusão senão a de que o direito sucessório do companheiro se limita e se restringe, em qualquer caso, aos bens que tenham sido adquiridos onerosamente na vigência da união estável.

[...] Sendo assim, se durante a união estável dos companheiros não houve aquisição, a título oneroso, de nenhum bem, não haverá possibilidade de o sobrevivente herdar coisa alguma, ainda que o de cujus tenha deixado valioso patrimônio, que foi formado antes de constituir união estável.

Diante de tais fatos, configura-se a desigualdade originada pelo legislador do companheiro frente ao cônjuge, pois este foi amplamente beneficiado nas disposições, enquanto aquele foi posto numa posição de inferioridade face às normas contidas no novo ordenamento Civil.

### 1.3 A SUCESSÃO DO COMPANHEIRO À LUZ DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

O primeiro assunto relevante diz respeito à inclusão do direito sucessório do companheiro, que está alocada nas Disposições Gerais do Livro destinado ao direito das sucessões, e não disposta na ordem de vocação hereditária do artigo 1.829 do Código Civil, juntamente com o cônjuge, ou melhor, ao lado do cônjuge, haja vista o reconhecimento constitucional da união estável como entidade familiar, equiparando-se ao casamento.

Nesse aspecto, Almeida e Azevedo asseveram que o normal era que se tratasse da companheira na sucessão legítima, quando regulasse a ordem de vocação hereditária.

Talvez ainda por preconceito contra a inclusão da companheira entre os herdeiros, preferiu regular a matéria no capítulo referente às disposições gerais sobre a sucessão .

No mais, o artigo 1.725 do Código Civil prevê que, salvo contrato escrito entre os companheiros, se aplica às relações patrimoniais, no que couber, o regime da comunhão parcial de bens.

O ordenamento Civil dispõe que o companheiro supérstite tão-somente participará na sucessão dos bens adquiridos onerosamente, conforme o artigo 1.790. Portanto, celebrado contrato entre os conviventes, este não terá efeitos na sucessão causa mortis, pois o companheiro sobrevivente pode participar na sucessão dos bens adquiridos onerosamente.

Acerca da sucessão do companheiro, Leite e Teixeira ensinam que o legislador deixou claro que o direito sucessório emana dos bens onerosamente adquiridos, ao assegurarem que:

[...] o(a) companheiro(a) participará da sucessão do outro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável. Independente de qualquer consideração de caráter axiológico sobre o teor da disposição e da intenção do legislador de estabelecer limites entre as duas realidades, o fato é que o mesmo deixou suficientemente claro que a pretensão ao direito sucessório decorre exclusivamente do patrimônio adquirido onerosamente pelos companheiros.

Já os incisos I e II do artigo 1.790 dispõem sobre a concorrência do companheiro sobrevivente com os descendentes. O primeiro diz respeito aos filhos comuns, quando terá direito a uma quota equivalente àquela que por lei for atribuída ao filho , enquanto no inciso II o companheiro sobrevivente estará concorrendo com filhos só do de cujus, e lhe tocará metade do que couber a cada um daqueles.

Acerca do previsto no inciso II do artigo 1.790, ensinam Cahali e Hironaka:

Deste modo, concorrendo com descendentes só do autor da herança, tocará ao companheiro metade do que couber a cada um deles. Portanto, somam-se os convocados por cabeça. Cada filho recebe dois, e a companheira um. Assim, multiplica-se o número de filhos por dois e soma-se a parcela do sobrevivente. Àqueles destinam-se duas partes do total, a este

uma parte do total. Exemplificando: 4 filhos x 2 = 8; mais 1 do sobrevivente = 9; cada filho recebe 2/9 e o sobrevivente, 1/9.

Contudo, inexistindo descendentes, o companheiro supérstite irá concorrer com outros parentes sucessíveis. Tal disposição não se encontrava na legislação anterior. O dispositivo encontra muitas críticas na doutrina, uma vez que apresenta um inquestionável retrocesso, pois, se o regime da união estável é o da comunhão parcial de bens, o direito sucessório diz respeito à metade do patrimônio e não, certamente, a um terço. A esse respeito assim decidiu a Oitava e Sétima Câmara Cível, respectivamente, do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

EMENTA: Agravo de Instrumento. Inventário. Companheiro sobrevivente. Direito à totalidade da herança. Parentes colaterais. Exclusão dos irmãos da sucessão. Inaplicabilidade do art. 1790, inc. III, do CC/02. Incidente de inconstitucionalidade. Art. 480 do CPC. Não se aplica a regra contida no art. 1790, inc. III, do CC/02, por afronta aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento. Assim, devem ser excluídos da sucessão os parentes colaterais, tendo o companheiro o direito à totalidade da herança. Incidente de inconstitucionalidade argüido, de ofício, na forma do art. 480 do CPC. Incidente rejeitado, por maioria. Recurso desprovido, por maioria.

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. INVENTÁRIO. SUCESSÃO DA COMPANHEIRA. ABERTURA DA SUCESSÃO OCORRIDA SOB A ÉGIDE DO NOVO CÓDIGO CIVIL. APLICABILIDADE DA NOVA LEI, NOS TERMOS DO ARTIGO 1.787. HABILITAÇÃO EM AUTOS DE IRMÃO DA FALECIDA. CASO CONCRETO, EM QUE MERECE AFASTADA A SUCESSÃO DO IRMÃO, NÃO INCIDINDO A REGRA PREVISTA NO 1.790, III, DO CCB, QUE CONFERE TRATAMENTO DIFERENCIADO ENTRE COMPANHEIRO E CÔNJUGE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE. Não se pode negar que tanto à família de direito, ou formalmente constituída, como também àquela que se constituiu por simples fato, há que se outorgar a mesma proteção legal, em observância ao princípio da equidade,

assegurando-se igualdade de tratamento entre cônjuge e companheiro, inclusive no plano sucessório. Ademais, a própria Constituição Federal não confere tratamento iníquo aos cônjuges e companheiros, tampouco o faziam as Leis que regulamentavam a união estável antes do advento do novo Código Civil, não podendo, assim, prevalecer a interpretação literal do artigo em questão, sob pena de se incorrer na odiosa diferenciação, deixando ao desamparo a família constituída pela união estável, e conferindo proteção legal privilegiada à família constituída de acordo com as formalidades da lei. Preliminar não conhecida e recurso provido. (Agravo de Instrumento Nº 70020389284, Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Raupp Ruschel, Julgado em 12/09/2007) .

Entende-se por parentes sucessíveis os ascendentes do falecido e os colaterais até o quarto grau. Todavia, tal dispositivo traz um verdadeiro retrocesso na sucessão do companheiro. Os doutrinadores muito criticaram tal disposição.

Além do mais, independente de qualquer consideração relativa ao regime de bens na união estável, causa estranheza que o companheiro / a companheira que viveu toda uma existência ao lado do outro tenha direito a apenas um terço da herança, a favor dos outros “parentes sucessíveis” que, em princípio, em nada contribuíram na aquisição do dito patrimônio.

Por último, o inciso IV do artigo 1.790 disciplina que, em não havendo parentes sucessíveis, terá o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança. Como já mencionado, teria o companheiro sobrevivente adquirido apenas os bens adquiridos onerosamente na constância da união estável. Contudo, há grande divergência doutrinária acerca deste aspecto. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul assim decidiu:

**EMENTA:** União Estável. Direitos sucessórios da companheira. Não possuindo o companheiro falecido descendentes e nem ascendentes, a companheira tem direito à integralidade da herança, independentemente de os bens inventariados terem sido

adquiridos antes ou depois da união estável. Inteligência do art. 2º da Lei 8.971-94, aplicável à espécie. Negado provimento ao apelo.

#### 1.4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 1.790 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Fato muito controvertido desde a entrada em vigor do Código Civil de 2002 diz respeito à (in)constitucionalidade do artigo 1.790, que trata da sucessão do companheiro sobrevivente, devido ao fato de o novo ordenamento Civil colocar o companheiro supérstite num status inferior frente ao cônjuge supérstite.

A esse propósito, estiveram reunidos em Piracicaba, no interior de São Paulo, os Juízes das Varas da Família e das Sucessões do Interior de São Paulo, e deliberaram e formularam enunciados para nortear as decisões, dentre os quais se podem citar:

Enunciado no 49. O art. 1.790 do Código Civil, ao tratar de forma diferenciada a sucessão legítima do companheiro em relação ao cônjuge, incide em inconstitucionalidade, pois a Constituição não permite diferenciação entre famílias assentadas no casamento e na união estável, nos aspectos em que são idênticas, que são os vínculos de afeto, solidariedade e respeito, vínculos norteadores da sucessão legítima.

Enunciado no 50. Ante a inconstitucionalidade do art. 1.790, a sucessão do companheiro deve observar a mesma disciplina da sucessão legítima do cônjuge, com os mesmos direitos e limitações, de modo que o companheiro, na concorrência com descendentes, herda nos bens particulares, não nos quais tem meação.

Diante de tais pontos, pode-se concluir que é inconstitucional a norma que tratou do direito sucessório do companheiro, prevista no Código Civil, pois a Constituição Federal concede tratamento idêntico à união estável e ao casamento.

Diante desse ponto, Palermo ensina com propriedade quando disserta que:

“Deve-se abolir qualquer regra que corra em sentido contrário à equalização do cônjuge e do companheiro, conforme revolucionário comando constitucional que prescreve a

ampliação do conceito de família, protegendo de forma igualitária todos os seus membros, sejam eles os próprios partícipes do casamento ou da união estável, como também os seus descendentes. A equalização preconizada produzirá a harmonização do Código Civil com os avanços doutrinários e com as conquistas jurisprudenciais correspondentes, abonando quase um século de vigoroso acesso à justiça, e de garantia da paz familiar.

Assim sendo, propugna-se pela alteração dos dispositivos nos quais a referida equalização não esteja presente. O caminho da alteração legislativa, nesses casos, se mostra certamente imprescindível, por restar indene de dúvida que a eventual solução hermenêutica não se mostraria suficiente para a produção de uma justiça harmoniosa e coerente, senão depois de muito tempo, com a consolidação de futuro entendimento sumulado, o que deixaria o indesejável rastro, por décadas quiçá, de se multiplicarem decisões desiguais para circunstâncias jurídicas iguais, no seio da família brasileira” .

O Desembargador José Ataídes Siqueira Trindade, da Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao julgar Agravo de Instrumento no 70017169335, que buscava o reconhecimento de colaterais como herdeiros, em seu voto delineou:

Observa-se que o legislador de 2002, ao tratar do direito sucessório, não conferiu tratamento igualitário entre companheiros e cônjuges, o que até então havia e era recepcionado pelas leis e decisões dos Tribunais. A Carta Magna de 1988, entretanto, o que é importante, deu tratamento igualitário à união estável em relação ao casamento. No entanto, o Código Civil em vigor, ao tratar a sucessão entre companheiros, rebaixou o status hereditário do companheiro sobrevivente em relação ao cônjuge supérstite, o que se evidencia inconstitucional.

[...] Assim, rogando a mais respeitosa vênua aos que pensam de modo diverso, entendo que a regra contida no art. 1790, inc. III, se apresenta absolutamente inconstitucional porque atenta contra o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana esculpido no art. 1º, inc. III, da CF, bem como contra o direito de igualdade, já que o art. 226, § 3º, da CF, deu tratamento paritário ao instituto da união estável em relação ao casamento.

O Desembargador Rui Portanova, ao se manifestar no mesmo julgado, assim disse:

Por isso é lícito dizer claramente: o novo Código Civil, de um lado retirou e subtraiu direitos hereditários dos que constituíram legitimamente um ente família; de outro lado, afrontou e violentou a dignidade de pessoas em seus afetos legitimamente reconhecidos.

[...] O atraso é de tal tamanho que, não houvesse o novo Código Civil, eu não teria dúvida em afirmar que, pelo menos, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, sequer haveria dúvida a respeito de ser ou não a companheira/o, herdeira/o, necessária/o.

Voltando-se ao caso concreto, penso que temos base doutrinária suficientemente respeitada e adequada para não sucumbirmos numa visão tão simplista quanto tradicional a entender que o novo dispositivo do Código Civil, revogou pura e simplesmente, uma das maiores conquistas da recente civilização brasileira.

Portanto, é saliente a distinção dada pelo novo Código Civil ao companheiro em relação ao cônjuge no direito sucessório. Tendo em vista ter sido exatamente um dos méritos da Constituição Federal contemplar a união estável como entidade familiar, é inadmissível a vantagem dada ao casamento em detrimento da união estável.

Não restam dúvidas da necessidade de se tomar atitudes com o intuito de extinguir as diferenças havidas em relação aos direitos sucessórios entre o cônjuge e o companheiro sobrevivente, da mesma maneira em relação à redução de direitos conferidos ao companheiro. Os doutrinadores já ofereceram soluções e/ou saídas, através das Jornadas de Direito Civil e de Projeto de Lei encaminhado ao Congresso Nacional. Por sua vez, os Tribunais vêm decidindo do modo mais satisfatório e benéfico aos fins sociais e às cobranças do bem comum. Resta, contudo, a boa vontade do legislador, para que busque equiparar a união estável ao casamento, conforme previsto pela Constituição Federal.

## CONCLUSÃO

O reconhecimento, por parte do Estado, da união estável entre o homem e a mulher com o objetivo de constituir família, se estabilizando como entidade familiar, por meio da

Constituição Federal e, posteriormente, com as Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96, foi um marco no Direito brasileiro.

As relações informais entre os companheiros, que não tinham previsão no Código Civil de 1916 e também eram vistas como concubinárias e totalmente rechaçadas pelo Estado, foram aos poucos sendo reconhecidas e, após chamadas de união estável, vieram a concretizar e materializar aquilo que os doutrinadores e os Tribunais há muito já haviam reconhecido.

As Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96 (promulgadas após a Constituição Federal de 1988, que vieram reconhecer a união estável como entidade familiar) regularam a união estável, dando um amparo de caráter pessoal às relações dos companheiros. Por outro lado, no que concerne ao direito sucessório dos companheiros, deram-lhes uma equiparação, ou quase, de sua situação em relação ao cônjuge supérstite (pois tais Leis concederam o direito de usufruto dos bens, direito de meação e o direito real de habitação). Nesta esfera, as Leis Especiais trouxeram um amparo patrimonial às relações não-matrimoniais, ou seja, à união estável.

Assim, já que ambos os institutos estão regados nos mesmos laços, isto é, tanto a relação formal como a união estável possuem a real intenção de constituir em família, através do respeito e afeto mútuo, o novo Código Civil de 2002 errou ao restringir os direitos garantidos ao companheiro supérstite e – ainda – colocou o companheiro sobrevivente numa esfera de rebaixamento frente ao cônjuge, transgredindo os princípios fundamentais da igualdade e da dignidade. Tem-se como imprescindível à ação os meios que possibilitem a equiparação, a fim de tornar o direito sucessório igualitário entre cônjuge e companheiro, para que não ocorra nenhuma injustiça e afronta à Constituição Federal.

Cumprido, ainda, ressaltar a evolução da matéria no sistema jurídico brasileiro, em especial nos Tribunais e, mais precisamente, no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em alguns julgados considera parcialmente inconstitucional o artigo que cuida da sucessão do companheiro que, principalmente a partir da promulgação da Constituição Federal em

1988, buscou equiparar o cônjuge e companheiro, afastando a citada hierarquia de modo a tratar, igualmente, as relações jurídicas decorrentes do casamento e/ou da união estável.

Cabe agora aos doutrinadores e à jurisprudência buscar desfazer a distinção dada pelo legislador ordinário entre companheiro e cônjuge e, deste modo, romper com o retrocesso advindo no ordenamento Civil no tocante ao direito sucessório, com o intuito de prosseguir na marcha dada pela Constituição Federal, respeitando os princípios da igualdade e da dignidade humana, a fim de que o convivente supérstite tenha sua condição privilegiada relativamente àquela condição descrita antes da promulgação do Código Civil de 2002. Da mesma forma, que tenha – o companheiro – garantida a igualdade de direitos relativamente ao cônjuge sobrevivente, fazendo-se, assim, valer o dizer constitucional em sua amplitude.

Contudo, a primeira grande questão controvertida, após o advento do Código Civil de 2002, é referente ao direito ao usufruto sobre porção variável do acervo hereditário e ao direito real de habitação sobre o imóvel destinado à residência familiar. Trata-se de direitos que a relação estabelecida através da união estável conquistou com as Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96, visto que o Código Civil não revogou expressamente esses dispositivos. Daí deve-se, por analogia com a situação garantida ao cônjuge e autorizada pela Constituição Federal, ter o dispositivo como não-revogado.

De outra banda, a disposição dos direitos sucessórios no ordenamento Civil, do modo que está disposto, ofende o princípio da isonomia: cônjuge x companheiro quando se refere à inferioridade do companheiro sobrevivente frente ao cônjuge supérstite, uma vez que este se encontra no rol dos herdeiros necessários, enquanto aquele está nas Disposições Gerais do Direito das Sucessões. Fica evidente a intenção do legislador de determinar uma inferioridade ao companheiro, convivente na união estável, em detrimento do cônjuge, que materializou a família sob o aspecto do casamento, ignorando por completo a Constituição Federal, que equipara ambos os institutos como base na formação da entidade familiar.

Nesta ótica, não reconheceu o legislador – da promulgação do Código Civil – a reação social, principalmente advinda após a Constituição Federal de 1988, que, em prol do que a jurisprudência estava consolidando, deixou de discriminar a união estável e passou a adotá-la como entidade familiar, garantindo ao companheiro supérstite os direitos sucessórios decorrentes da união estável. O que se esperava do legislador era propiciar uma ampla e total igualdade de direitos e deveres entre os companheiros relativamente aos direitos e deveres exigidos dos membros de um casal unido pelo matrimônio (forma clássica de constituição de família).

Fato muito contestado no direito sucessório após o advento do Código Civil é no tocante à (in)constitucionalidade do artigo 1.790 do diploma legal, que regula a sucessão do companheiro sobrevivente, visto que em alguns momentos o dispositivo tende a favorecer mais determinados agentes, como no pertinente ao inciso III, que determina que o companheiro supérstite herdará, tão-somente, um terço quando concorrer com outros parentes sucessíveis.

Ou seja, andou mal o legislador ao aprovar o dispositivo, da forma como está, por instituir privilégios aos colaterais até o quarto grau, que passam a concorrer com o convivente supérstite na 3ª classe da ordem de vocação hereditária, pois somente na falta destes (colaterais) será chamado o convivente sobrevivente a adquirir a totalidade do acervo. Isto quer dizer, mesmo tendo a Constituição Federal equiparado a união estável ao casamento, é evidente a discrepância e o descaso que o legislador ordinário teve para com o companheiro sobrevivente, pois não deu o mesmo tratamento oportunizado ao cônjuge supérstite, qual seja, deixá-lo sozinho na 3ª classe de vocação hereditária e, somente na falta do companheiro, proporcionar aos colaterais a possibilidade de herdar os bens do de cujus.

Sobre este aspecto, e com base na doutrina, não unânime, mas que entende, assim como a jurisprudência, principalmente o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que em muitos julgados, com votos brilhantes, lúcidos e com teses que realmente priorizam a entidade familiar, também compartilhou do entendimento de que o inciso III do artigo 1.790 do Código Civil é inconstitucional, pois não procurou o legislador ordinário

preservar a equidade dada pelo Constituinte quando da promulgação da Constituição Federal e, ainda, não manteve a mesma linha das Leis Especiais no 8.971/94 e no 9.278/96 que, após a Carta Magna, concretizaram direitos aos companheiros, situando-os como entidade familiar, nos moldes do ordenamento constitucional.

O inciso III do artigo 1.790 do Código Civil fere a constitucionalidade e o princípio da dignidade humana, uma vez que valoriza “outros parentes sucessíveis” mais do que o companheiro sobrevivente. Inferioriza aquele que dividiu e compartilhou uma vida em comum com o de cujus. Coloca numa esfera abaixo aquele que participou e contribuiu para a aquisição do patrimônio em comum. Valorizou o legislador ordinário, de forma errônea e equivocada, um grupo de pessoas “outros parentes sucessíveis” que, em muitos casos, nem ao menos têm convivência com o autor da herança, uma vez que as próprias ligações familiares se tornam mais raras numa sociedade tão ocupada como a presenciada nos tempos atuais.

Por fim, outra controvérsia no direito sucessório do companheiro reporta-se ao caput do artigo 1.790 do Código Civil, que limita a sucessão, apenas, aos bens adquiridos onerosamente na constância da união estável, frente ao que dispõe o inciso IV do mesmo dispositivo ao referir que, não havendo herdeiros sucessíveis (colaterais até o quarto grau), terá o companheiro sobrevivente direito à totalidade da herança.

Diante de tais fatos, opto pela inconstitucionalidade de tal norma, pois neste último caso se estaria diante de uma circunstância em que o Estado herdaria a parte não correspondente do esforço comum. Em outras palavras, ficou o companheiro sobrevivente inferiorizado face ao Estado; isto é, o legislador ordinário preteriu o companheiro, que vivenciou uma vida em comum ao Estado, tão-somente por não ser a união estável uma relação formal. Ou seja, o legislador ordinário ignorou a equidade estabelecida pela Constituição Federal entre o casamento e a união estável.

Assim, com essa simples explicação acerca do direito sucessório do companheiro sobrevivente, o que se pretendeu no decorrer deste trabalho de conclusão de curso foi demonstrar que o direito sucessório, ao longo do tempo, teve enormes evoluções, tanto na legislação, Leis Especiais e Constituição Federal, como também andou em passos rápidos e

constantes através da jurisprudência, esta sempre muito atuante e atenta às revoluções e evoluções que a sociedade desenvolve. Contudo, ainda carece de progresso e enriquecimento.

#### REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, José Luiz Gavião de; AZEVEDO, Álvaro Villaça (coordenador). Código Civil Comentado: direito das sucessões, sucessão em geral, sucessão legítima. vol. XVIII. São Paulo: Atlas, 2003, 312p.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Estatuto da Família de Fato. São Paulo: Jurídica Brasileira. 2001, 700p.

CAHALI, Francisco José; HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Curso Avançado de Direito Civil: Direito das Sucessões. Vol. 6. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003. 525p.

COLARES, Marcos. A sedução de ser feliz: uma análise sociojurídica dos casamentos e separações. Brasília: Letraviva, 2000, 254p.

DIAS, Adahyl Lourenço. A Concubina e o Direito Brasileiro. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 1975. 346p.

LEITE, Eduardo de Oliveira; TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). Comentários ao Novo Código Civil. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003. Do Direito das Sucessões, v. XXI, 836p.

PALERMO, Carlos Eduardo de. O Cônjuge e o Convivente no Direito das Sucessões. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2007, 152p.

PEREIRA, Rodrigo da Cunha. Concubinato e união estável, 7.ed. rev. e atual. Del Rey, Belo Horizonte: 2004. 219p.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito das Sucessões: Lei nº 10.406, de 10.01.2002, 2.ed. Rio de Janeiro, Forense, 2006. 807p.

RODRIGUES, Silvio, Direito Civil: direito das sucessões, vol. 7. 25.ed. São Paulo, Saraiva, 2002. 342p.

VENOSA, Sílvio de Salvo, Direito de Família, vol. 6. 3.ed. São Paulo: Atlas. 2003, 416p.

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito das sucessões. vol. 7. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005. 416p.

WALD, Arnaldo. Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Sucessões. 11.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, vol. 5. 426p.

Fonte: Da Redação

\* Advogado: Pós-Graduando em Especialização Direito Civil e Processual Civil, pelo Instituto de Desenvolvimento Cultural - IDC

Disponível em:

[http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver\\_destaque&cod\\_destaque=539](http://www.casajuridica.com.br/?f=conteudo/ver_destaque&cod_destaque=539)

Acesso em: 12 de setembro de 2008.